

DANO AO ERÁRIO: IMPRESCRITIBILIDADE E AÇÃO DE REGRESSO DO ESTADO

Josinaldo Costa de Lima¹
Henrique Batista de Araújo Neto²

RESUMO

A Constituição Federal prevê em seu art. 37, § 6º c/c o art.43 do Código Civil, que as pessoas jurídicas de Direito Público e Privado prestadoras de serviço público, responderão pelos danos causados pelos seus agentes, assegurando o direito de ação de regresso. No entanto, terá um prazo para propositura de tal ação, o que vem a colidir com a imprescritibilidade desses danos, previsto no § 5º do art. 37 da Constituição Federal. Neste sentido, pretende-se através de um método analítico, com pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial fazer uma abordagem sobre a imprescritibilidade. Por fim, adotar-se a tese da prescritibilidade, com fundamento principal no princípio da segurança jurídica.

Palavras-chave: Responsabilidade do Estado. Danos ao erário. Agente Público. Prescrição. Imprescritibilidade.

DAMAGES CAUSED TO THE PUBLIC TREASURY: IMPRESCRIPTIBILITY AND THE RECOURSE TO THE STATE

ABSTRACT

The article 37, paragraph 6, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, combined with the article 43 of the Brazilian Civil Code, tell Public Legal entities and Private Legal entities rendering public services shall be liable for damages caused by any of their agents, ensuring the right of recourse. However, the law shall establish the term for the recourse, what goes against the imprescriptibility of those damages according to the paragraph 5 of the article 37 of the Federal Constitution. According to that, the intention is by using an analytical method, with bibliographic, doctrinaire and jurisprudential research, providing an approach to the imprescriptibility. Finally, adopting the thesis of the prescriptibility of those damages, based on the principle of legal certainty.

Keywords: State responsibility; damages caused to the public Treasury; Government employee; prescription; imprescriptibility.

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Email: josinaldo_1@hotmail.com

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Email: prof.henriquebatista@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

É cediço que o Direito nunca acompanhou no mesmo passo as evoluções, as transformações sociais. Estas sempre estiveram a alguns passos a frente do Direito.

No que tange a responsabilidade do Estado não foi muito diferente, onde se evoluiu de uma época de total irresponsabilidade do Estado para uma responsabilidade independente de culpa. Essa responsabilidade tem como fundamento a hipoinssuficiência da sociedade em relação ao poderio exercido pelo Estado, calcada nos princípios da igualdade e equidade, porém, com fundamento principal na teoria do risco administrativo.

Convém ressaltar que o Estado não tem vida anímica, ele é inerte, agindo desta forma, através de seus agentes legalmente investidos para tal fim. Assim, quando há o cometimento de um ato ilícito ou mesmo lícito, mais que cause dano a alguém em razão do comportamento do agente, há de se verificar a existência ou não do nexo de causalidade entre tal conduta e o dano causado. Comprovando-se a existência do nexo de causalidade, responderá o Estado independentemente de culpa.

Desta forma, sendo responsabilizado o Estado, caberá a análise da culpa ou dolo do agente, fato que comprovado a culpa ou dolo, caberá à ação regressiva do Estado em desfavor do agente causador do dano. É aqui que nasce a seguinte pergunta: prescrevendo esse direito de ação regressiva do Estado, estaria o agente isento dos danos causados ao erário? A resposta se encontrará no art. 37, parágrafo 5º (segunda parte) da Constituição Federal (BRASIL, 1998), onde fala dos prazos prescricionais por atos ilícitos praticados por agentes que causem prejuízos ao erário, porém, fazendo a ressalva para as ações de ressarcimento, tornando desta forma, imprescritíveis os danos causados ao erário.

Ressalte-se desde já, que existe uma corrente minoritária, porém, em uma crescente bastante considerável, inclusive, com reposicionamentos de autores renomados, que defendem a prescritibilidade dessas ações de ressarcimento ao erário.

Assim, utilizando uma metodologia teórica descritiva, buscaremos através de pesquisas bibliográficas de diversos doutrinadores, bem como, das jurisprudências, subsídio necessário para que possamos chegar a uma decisão sobre a problemática em análise.

Por se tratar de um tema em que toma corpo sua discussão, ressaltamos a importância deste trabalho para o meio acadêmico, bem como para os que fazem direta ou indiretamente a administração pública.

No transcorrer deste trabalho, abordaremos algumas matérias que julgamos ser necessários para subsidiar todo o entendimento, bem como a criação de um juízo de valor sobre a problemática abordada, como um breve histórico da responsabilidade, a responsabilidade civil e seus pressupostos básicos e requisitos (ato ilícito, dano e suas espécies, nexos causal, excludentes de ilicitude, rompimento do nexos causal), responsabilidade objetiva e subjetiva, contratual e aquiliana (extracontratual), responsabilidade objetiva do Estado, conduta danosa do agente e o dever de indenizar do Estado, ação regressiva do Estado (imprescritibilidade, responsabilidade subjetiva do agente, denúncia à lide), além de outras, a fim de uma melhor compreensão do tema proposto.

2 BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Foi na revolução Industrial que o ser humano veio a desenvolver aceleradamente sua capacidade produtiva, com uma produção em massa, em grande quantidade, a fim de fazer frente à grande massa demográfica surgida naquela época. Desta forma, diante dessa grande produção e explosão demográfica, todo o processo de distribuição veio a sofrer uma forte modificação, ocorrendo de fato uma cisão entre comercialização e a produção, forjando um grande consumo em massa. Antes o próprio e pequeno fabricante tinha total controle sobre sua produção e distribuição, e agora perante essa grande produção e crescimento demográfico, estava diante da necessidade de uma distribuição em massa de seus produtos, que era intermediado pelos atacadistas, que fazia essa distribuição dos produtos de forma que os comerciantes e consumidores passaram a receber os produtos com total desconhecimento do conteúdo daquela mercadoria, ensejando desta forma, e como bem fala Sérgio Cavaliere Filho, “um dano em série, em massa, coletivo, cujo autor, muitas vezes, era anônimo, sem rosto, sem nome, sem identidade”. (2014, p 04).

De acordo com a teoria clássica, três são os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, dano, culpa e relação de causalidade. Ressaltando desde já que nos primórdios não se falava do fator culpa, gerando o dano uma reação imediata do ofendido, era o tempo da conhecida vingança privada, não se falava em direito nessa época, reinava a lei de talião “olho por olho, dente por dente”, sucedendo a este período o da composição voluntária, que logo depois se tornou obrigatória. Nessa época não existia uma distinção entre pena e reparação, fato que só começou a ser esboçada com os romanos, com a distinção entre

delito público e privado, assumindo o poder estatal a função de punir, surgindo desta forma a ação de indenização.

No entanto, é com a Lei Aquília que veio a surgir um princípio geral regulador do dano, como bem nos afirma Carlos Alberto Gonçalves (2009, p.07).

É na Lei Aquília que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano. Embora se reconheça que não continha ainda “uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno”, era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e “fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana, que tomou da Lei Aquília o seu nome característico”¹⁰.

Outro ponto bastante importante foi à busca incessante do novo Estado Social pela justiça social, na tentativa de superar o velho Estado liberal. Estado esse que veio a ganhar importante espaço após a segunda guerra mundial, intervindo no domínio econômico, no mercado, a fim de garantir uma justiça social, o bem estar social, principalmente nas classes menos favorecida onde ocorriam os maiores abusos, as maiores desigualdades, atuando desta forma para o fortalecimento de uma sociedade solidária.

No sistema brasileiro a Cláusula geral do art. 159 do Código civil de 1916, que preceituava um sistema de culpa provada, traduzia o ideário liberalista do século XX. Sistema que se mostrou insuficiente antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 1916, como bem afirma Sérgio Cavaliere Filho:

Tal sistema, entretanto, embora tenha funcionado por milênios, desde a *Lex aquilia* do Direito Romano, revelou-se insuficiente antes mesmo da entrada em vigor do Código de 1916. Tanto é assim que a chamada “Lei das Estradas de Ferro”, de 1912, já havia estabelecido responsabilidade objetiva para aquele meio de transporte.(Cavaliere Filho, 2014, p.05).

Como bem se apercebe o Código Civil de 1916 afiliou-se à teoria subjetiva, exigindo como meio de reparação, prova da culpa ou do dolo do agente causador do dano. No entanto, em decorrência do grande desenvolvimento industrial, o progresso e da crescente de danos causados, vem ganhando cada vez mais espaço as novas teorias. Tomemos como exemplo a teoria do risco.

O nosso Código Civil de 2002 é prevalentemente objetivista, fato que se apercebe da leitura dos artigos 927,187 e 931, bem como da leitura dos artigos 12 e 14 do Código de

Defesa do Consumidor, onde no art. 927 do CC/02, incide como afirma Sérgio Cavaliere Filho, uma norma aberta de responsabilidade objetiva, onde transfere para a jurisprudência e doutrina a tarefa de conceituação de atividade de risco diante do caso concreto.

Sabemos que não é tarefa fácil para os nossos legisladores, jurisprudência e doutrinadores, conduzir um instituto tão importante e complexo, como é o da responsabilidade civil, que antes se centrava no agente causador do dano, e que agora se volta para a vítima, no intuito de reparar o dano sofrido, procurando agir de forma preventiva para que seja evitado o dano, deixando de ser um sistema repressivo para se tornar em uma importante ferramenta preventiva, evitando assim, danos individuais, coletivos e difusos.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL: PRESSUPOSTO BÁSICO E REQUISITOS

A palavra responsabilidade tem sua origem no verbo latino *respondere*, que significa a obrigação derivada assumida pelo agente em razão de sua conduta, e está intimamente ligada a máxima de Ulpiano “*neminem laedere*” – a ninguém se deve lesar, em respeito ao princípio fundamental da “proibição de ofender”.

A regra contida nos arts. 186 e 927 do Código Civil brasileiro revelam-se uma norma genérica, que segundo José dos Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo. 21 ed. rev.ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2008, p. 520) “abrange tanto a responsabilidade extracontratual como a contratual”, e segue o autor, “a extracontratual é aquela que deriva das várias atividades estatais sem qualquer conotação pactual”, e é a que vamos nos ater no nosso exame.

3.1 ATO ILÍCITO

Quando estamos diante da violação de um dever jurídico, resta configurado o ilícito, e desde que este ilícito acarrete dano a outrem, nasce à obrigação de reparar. Desta forma, podemos dizer que o ato ilícito é o fato gerador da responsabilidade civil, fonte de obrigação, como bem preleciona Carlos Roberto Gonçalves: (Direito Civil brasileiro, Vol. I. Parte Geral. 6. ed. rev. atual. Saraiva. 2008, p.451)

Ato ilícito é, portanto, fonte de obrigação: a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado. É praticado com infração a um dever de conduta, por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, das quais resulta dano para outrem.

É o que se lê do arts. 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Ou seja, não basta para a configuração da ilicitude só uma conduta antijurídica, é preciso à verificação também de uma conduta omissiva ou comissiva, culposa ou dolosa do agente. Como bem afirma Anderson Schreiber “para haver ilicitude não basta um fato antijurídico (na dicção legal, a violação a um direito), mas faz-se necessário também uma atuação negligente, imprudente, de qualquer modo descuidada ou maliciosa”.(Schreiber, 2012, p.158)

Desta forma, podemos concluir, que via de regra a obrigação de indenizar surge de um fato ilícito. No entanto, veremos mais adiante que quando se tratar de responsabilidade objetiva do Estado surgirá outros elementos ensejadores dessa obrigação.

Ainda no que diz respeito ao ato ilícito, o seu conceito guarda entre os clássicos íntima ligação com o de culpa, ensejando uma grande dificuldade em sede de responsabilidade objetiva, onde independe do elemento culpa, sustentando alguns autores que a obrigação de reparar sem culpa, não seria caso de responsabilidade e sim de uma simples garantia.

Por sua vez, Orlando Gomes (citado por Sérgio Cavaliere Filho), entende que quando a responsabilidade é determinada sem culpa o ato não pode, a rigor, ser considerado ilícito. (Cavaliere Filho, 2014, p. 21).

Segundo Sérgio Cavaliere Filho, “tais entendimentos não devem prosperar, pois, seria navegar de costas para o futuro”, e continua o citado autor, “Não há que se falar em

ato lícito se em todos os casos de responsabilidade objetiva (...) – há sempre a violação de um dever jurídico preexistente, o que configura a ilicitude.”

Porém, e de se ressaltar que todos estão de acordo que a ilicitude consiste em ser o fato contrário ao direito, marcado pela violação do dever jurídico. Em síntese, o ato ilícito nada mais é que um conjunto de pressupostos ensejadores da responsabilidade civil.

3.2 DO DANO E SUAS ESPÉCIES

Não existe hoje em nosso ordenamento uma definição legal de dano, o que existe é um conceito amplo, aberto do dano e seus efeitos, o certo é que inexiste reparação sem dano, podemos dizer que o dano é o ponto central da reparação. A conceituação clássica é a de que constitui o dano uma diminuição do patrimônio, no entanto, alguns autores preferem defini-lo como a subtração de um bem jurídico, com o argumento de que ele não só atinge o patrimônio, bem como, a honra, a saúde, a personalidade, merecedores também de proteção.

Neste sentido é a conceituação feita por Sérgio Cavaliere Filho, quando afirma:

O dano é o grande vilão da responsabilidade civil, encontra-se no centro da obrigação de indenizar. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse o dano. **Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não responsabilidade sem dano.** O dever de reparar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. Em outras palavras, a obrigação de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta à conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar. (grifo nosso).

[...]

Correto, portanto, conceituar o dano como sendo **lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado**, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.(Cavaliere Filho, 2014, p. 92-93). (grifo do autor)

O fato está na prova do dano causado, como bem nos afirma Carlos Roberto Gonçalves “Sem a prova do dano ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser patrimonial (material) ou extrapatrimonial (moral), ou seja, sem repercussão na órbita do lesado”.

Destarte, é importante destacar, e como bem preleciona Anderson Scheiber, que o dano um dos três pilares da responsabilidade civil, bem como um dos filtros dessa responsabilidade, vem ganhando lugar de destaque na jurisprudência, assim afirma o autor:

Neste contexto, os pressupostos da responsabilidade civil relacionados á imputação do dever de indenizar (culpa e nexo causal) perdem relevância em face de certa ascensão daquele elemento que consiste, a um só tempo, no objeto e na *ratio* da reparação: o dano. Por décadas relegado a um patamar secundário, advindo da sua fácil verificação sob a ótica materialista, este pressuposto – então, efetivamente pré-suposto – o dano vem, pouco a pouco, conquistando local de destaque na análise jurisprudencial, como elemento apto, por si só, a atrair a atuação das cortes em amparo às vítimas dos infortúnios mais diversos. (Scheiber, 2012, p.83)

Ademais, no que diz respeito às espécies de dano, considerando a relevância do instituto, bem como o surgimento de múltiplas espécies, muitos autores ainda preferem classificá-lo em – dano material ou patrimonial e dano moral ou extrapatrimonial.

O dano material ou patrimonial se revela quando da ocorrência efetiva de lesão ao patrimônio do indivíduo atingido, fazendo desde já a ressalva de que o terceiro que detiver ou estiver na posse da “*res*”, é legitimado a pleitear o ressarcimento do dano junto ao seu causador.

O dano material pode ainda atingir o patrimônio futuro, bem como sua diminuição ou redução, e ainda impedir seu crescimento. Neste sentido assinala Sérgio Cavaliere Filho (Programa de Responsabilidade Civil, 11^a ed. Atlas. 2014, p. 94):

Convém assinalar, ainda, que o dano material pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima, como, também, o futuro; pode não somente provocar a sua diminuição, a sua redução, mas também impedir o seu crescimento, o seu aumento. Por isso, o dano material se subdivide em dano emergente e lucro cessante.

De maneira bem sucinta conceituamos o dano emergente como aquilo que efetivamente e imediatamente causou uma diminuição no patrimônio da vítima. Já o lucro cessante, podemos conceituar como a perda do que era esperado ou razoavelmente esperado, uma frustração do lucro esperado, com efeitos mediatos. Ressaltasse ainda que os referidos danos (dano emergente e lucro cessante) precisam ser devidamente comprovados.

Neste sentido é a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (Novo curso de direito civil, vol. III: responsabilidade civil, 9 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84):

Claro está que o dano emergente e os lucros cessantes devem ser devidamente comprovados na ação indenizatória ajuizada contra o agente causador do dano, sendo de bom alvitre exortar os magistrados a impedirem que vítimas menos escrupulosas, incentivadoras da famigerada “indústria da indenização”, tenham êxito em pleitos absurdos, sem base real, formulados com o nítido propósito, não de buscar ressarcimento, mas de obter lucro abusivo e escorchante.

Passaremos agora a tratar do dano moral. O dano moral segundo Sérgio Cavaliere Filho se divide em sentido estrito e sentido amplo, “em sentido estrito dano moral é violação do direito à dignidade” e “em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada”, e continua o autor “razão pela qual podemos defini-lo, de forma abrangente, como sendo uma agressão a um bem ou atributo da personalidade”.

O Desembargador Carlos Roberto Gonçalves faz a seguinte conceituação, “Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc.”

No que tange a cumulabilidade, é pacificado a sua cumulação com o dano material.

3.3 DO NEXO CAUSAL

Um dos pressupostos, ou como diz Anderson Schreiber “filtros da reparação”, é a existência de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano indenizável.

Desta forma, verificado certo evento danoso indenizável, o dever de reparação dependerá da existência e comprovação do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso.

Importante se faz no presente trabalho, o posicionamento do Desembargador Sérgio Cavaliere (Programa de Responsabilidade Civil, 11^a ed. Atlas. 2014. p. 62), que nos aponta o seguinte:

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado *nexo causal*. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele.

Não obstante, tudo que fora exposto até aqui, veremos no tópico seguinte as causas que excluem a ilicitude do ato do agente causador do dano.

3.4 EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Nem sempre se observará uma correlação entre dano e ilicitude. Por muitas das vezes o dano provocado pelo agente não será ilícito, bem como nem todo ato ilícito será danoso, ou seja, poderá se verificar em certas circunstâncias ilicitude sem dano, e ainda dano sem ilicitude. Estamos a falar das causas excludentes da ilicitude, que são as seguintes: *estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal, caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro*, das quais passaremos a tratar agora.

A legítima defesa, o estado de necessidade e o estrito cumprimento do dever legal, estão legalmente previstos no art. 188 do Código Civil de 2002, *in verbis*;

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

A legítima defesa a que se refere no art. 188, I do CC/02, é a mesma tipificada no Código Penal brasileiro, onde o agente usando moderadamente dos meios necessários repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

No estado de necessidade o ato do agente só será legítimo se estritamente necessário e dentro dos limites indispensáveis. Neste sentido se posiciona Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (Novo Curso de Direito Civil, Responsabilidade Civil, Saraiva 2011, p. 144):

Com isso, quer-se dizer que o agente, atuando em estado de necessidade, não está isento do dever de atuar nos estritos limites de sua necessidade, para a remoção da situação de perigo. Será responsabilizado, pois, por qualquer excesso que venha a cometer. Diferentemente do que ocorre na legítima defesa, o agente não reage a uma situação injusta, mas *atua para subtrair um direito seu ou de outrem de uma situação de perigo concreto*.

O exercício regular do direito é o exercido normalmente, razoavelmente, de acordo com seu fim econômico, social, com a boa-fé e bons costumes. Assim nos ensina Cavaliere Filho “Quem exerce seu direito subjetivo nesses limites age licitamente, e o lícito exclui o ilícito. O direito e o ilícito são antíteses absolutas, um exclui o outro; onde há ilícito não há direito; onde há direito não há ilícito”.

O caso fortuito e força maior vêm expressos no art. 393, parágrafo único, do Código Civil de 2002, não fazendo o código distinção entre os institutos, cabendo à doutrina tal distinção, porém, há uma grande divergência doutrinária na caracterização dos institutos, entendendo alguns que a força maior é o acontecimento originário da vontade do homem, já o caso fortuito estaria intimamente ligado ao evento da natureza, no qual independe da vontade humana. Preferimos por ficar com a lição de José dos Santos Carvalho Filho, que diz: “Pensamos que o melhor é agrupar a força maior e o caso fortuito como fatos imprevisíveis, também chamados de **acaso**, porque são idênticos os seus efeitos”.

No que tange ainda ao caso fortuito e força maior, assevera Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona que ambos os institutos atuando como excludentes da responsabilidade atacam o nexo causal do dano perpetrado e não necessariamente o elemento accidental culpa.

Passaremos agora a tratar da culpa exclusiva da vítima. Esta se verifica quando concorre para o evento danoso a própria vítima, e assim como acontece no caso fortuito e força maior, a culpa exclusiva da vítima tem o condão de atacar o nexo de causalidade. Neste sentido é o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello: (Curso de Direito Administrativo. 28. ed. rev. atual. até 22.12.2010. Malheiros.2011. p. 1032).

A culpa do lesado – frequentemente invocada para elidi-la – não é, *em si mesma*, causa excludente. Quando, em casos de acidente de automóveis, demonstra-se que a culpa não foi do Estado, mas do motorista do veículo particular que conduzia imprudentemente, parece que se traz à tona demonstrativo convincente de que a culpa da vítima deve ser causa bastante para elidir a responsabilidade estatal. Trata-se de um equívoco. Deveras, o que se haverá demonstrado, nesta hipótese, é que o *causador do dano* foi à suposta vítima, e não o Estado. Então, o que haverá faltado para instaurar-se a responsabilidade é o *nexo causal*.

Não é de mais lembrar que a quebra do nexo causal somente ocorrerá se no caso concreto se verificar a atuação exclusiva da vítima. Desta forma conclui-se que havendo culpa concorrente, o que deverá ocorrer é uma mitigação do *quantum* indenizatório.

Já o fato de terceiro com previsão legal nos arts. 929 e 930 do Código Civil prevêem que o autor do dano responde pelos prejuízos que causar em decorrência do seu ato, ainda que tenha agido em estado de necessidade, cabendo-lhe ação regressiva contra o terceiro que tiver dado causa ao prejuízo. No entanto, nos assevera Carlos Roberto Gonçalves que se o ato de terceiro for à causa exclusiva do prejuízo, equiparando ao caso fortuito ou a força maior, isentará o agente da responsabilidade, assim aduz o citado autor:

Quando, no entanto, o ato de terceiro é a causa exclusiva do prejuízo, desaparece a relação de causalidade entre ação ou omissão do agente e o dano. A exclusão da responsabilidade se dará porque o fato de terceiro se reveste de características semelhantes às do caso fortuito, sendo imprevisível e inevitável. Melhor dizendo, somente quando o fato de terceiro se revestir dessas características, e, portanto, equiparar-se ao caso fortuito ou à força maior, é que poder ser excluída a responsabilidade do causador direto do dano. (Gonçalves, 2009, p.444)

Por fim, encerramos aqui as causas excludentes da ilicitude e de rompimento do nexo causal. Passaremos no tópico seguinte a analisar as espécies de responsabilidade civil, bem como os parâmetros de fixação da indenização.

3.5 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE

A teoria clássica, também chamada da teoria da culpa ou “subjetiva”, tinha como fundamento da responsabilidade a “culpa”. Desta forma a responsabilidade subjetiva tem como fundamento principal o dolo ou culpa, sendo a prova desse dolo ou culpa elemento necessário do dano indenizável.

Sobre o assunto diz Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo. 21^a ed. Atlas, 2008, p.607):

A regra adotada, por muito tempo, foi a da **irresponsabilidade**; caminhou-se, depois, para a **responsabilidade subjetiva**, vinculada á culpa, ainda hoje aceita em várias hipóteses; evoluiu-se, posteriormente, para a teoria da **responsabilidade objetiva**, aplicável, no entanto, diante de requisitos variáveis de um sistema para outro, de acordo com normas impostas pelo direito positivo. (grifo da autora)

O art. 186 do Código Civil, já transcrito em passagem anterior do presente trabalho, manteve a culpa, assim como era previsto no art. 159 do Código Civil de 1916, como fundamento da responsabilidade subjetiva.

Para a caracterização da responsabilidade subjetiva, é preciso que estejam presentes alguns pressupostos. Tais pressupostos nos são apresentados pelo Desembargador Sérgio Cavaliere Filho (Programa de Responsabilidade Civil, 11^a ed. Atlas. 2014, p. 33). Assim diz o Desembargador:

Sendo o ato ilícito, conforme já assinalado, o conjunto de pressupostos da responsabilidade, quais seriam esses pressupostos na responsabilidade subjetiva? Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como *pressupostos da responsabilidade civil subjetiva*, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto.

Como bem nos colocou Sérgio Cavaliere, uma simples leitura do art. 186 do Código Civil, poderemos claramente observar os pressupostos da responsabilidade subjetiva, quais sejam, **conduta culposa do agente, nexa causal e o dano**. Porém, e como bem aponta Maria Sylvia, houve uma evolução para a responsabilidade objetiva, que diferentemente da subjetiva, independe de culpa. Nessa espécie de responsabilidade o dolo e a culpa são juridicamente irrelevantes, sendo necessária somente a existência do nexa de causalidade entre o dano e a conduta do agente, para que surja o dever de indenizar. Tal espécie é fundada diretamente no risco da atividade exercida pelo agente.

A responsabilidade objetiva tem previsão legal no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, *in verbis*: “Art. 927, parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano,

independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. (grifo nosso)

Sobre a responsabilidade objetiva, nos ensina Anderson Schreiber: (Novos paradigmas da responsabilidade civil. 4ª ed. São Paulo: Atlas. 2012. p. 19)

A investigação de critérios objetivos de imputação de responsabilidade que pudessem substituir ou atenuar o papel central da culpa teve como marco inicial a obra de Raymond Saleilles, *Les accidents de travail et La responsabilité civile* essai d’une théorie objective de la responsabilité délictuelle.³⁶ Propunha o autor que, o princípio de imputabilidade viesse substituído por um princípio de simples causalidade, a prescindir de avaliação do comportamento do sujeito causador do dano.³⁷ Orientação semelhante foi seguida por Louis Josserand, que defendia a idéia de risco como critério de responsabilização valendo-se de julgados franceses que já vinha aplicando a responsabilidade por guarda da coisa de forma bastante objetiva.³⁸

Feita as considerações sobre a responsabilidade contratual e aquiliana (extracontratual), bem como subjetiva e objetiva, passaremos no tópico seguinte à análise da responsabilidade objetiva do Estado, que é o objeto do nosso estudo.

3.6 RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

Para se chegar ao estágio atual da responsabilidade do Estado, como bem explicam alguns autores, houve uma grande e lenta evolução, passando por várias teorias, sendo o Direito Francês o grande responsável por tal evolução.

Em um primeiro momento reinava a teoria da irresponsabilidade, e sobre essa teoria preleciona Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (Novo Curso de Direito Civil, Responsabilidade Civil, Saraiva, 2011, p. 230), “O Estado não admitia a possibilidade da reparação por eventuais danos causados pela administração, não se aceitando a constituição de direitos subjetivos contra o Estado soberano e absoluto”.

Passada essa fase da irresponsabilidade do Estado, evolui-se para teoria da culpa em uma concepção civilista. Aqui foi o marco do surgimento da doutrina da responsabilidade do Estado, no entanto, se fazia uma distinção para fins de responsabilidade, em atos de império e atos de gestão, sendo o Estado civilmente responsabilizado em caso de ato de gestão. Sendo os atos de gestão, como nos afirma

Maria Sylvia Zanella Di Pietro “os praticados em situação de igualdade com os particulares”, porém, em termos práticos havia uma dificuldade muito grande para distinguir se o ato era de império ou de gestão.

Mais tarde, seguindo essa evolução da responsabilidade do Estado, surgiu a teoria da culpa administrativa, ou como alguns autores preferem, teoria do órgão. Sobre a teoria da culpa administrativa nos aponta José dos Santos Carvalho Filho: (Manual de Direito Administrativo, 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. P. 523)

A teoria foi consagrada pela clássica doutrina de Paul Duez, segundo a qual o lesado não precisaria identificar o agente estatal causador do dano. Bastava-lhe comprovar o mau funcionamento do serviço público, mesmo que fosse impossível apontar o agente que o provocou.¹⁰ A doutrina, então, cognominou o fato como **culpa anônima** ou **falta do serviço**.

A **falta do serviço** podia consumir-se de três maneiras: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço. [...]. Por esse motivo, para que o lesado pudesse exercer seu direito à reparação do prejuízo danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, em consequência, teria o Estado culposamente.

Após a teoria da culpa no serviço, e continuando a evolução, proclamou-se em última fase a responsabilidade objetiva do Estado, como bem nos assevera Sérgio Cavaliere Filho (Programa de Responsabilidade Civil, 11ª ed. Atlas. 2014, p. 286):

Na última fase dessa evolução proclamou-se a responsabilidade objetiva do Estado, isto é, independente de qualquer falta ou culpa do serviço, desenvolvida no terreno próprio do Direito Público. Chegou-se a essa posição com base nos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais.

[...]

Nesta fase, descarta-se qualquer indagação em torno da culpa do funcionário causador do dano, ou, mesmo, sobre a falta do serviço ou culpa anônima da Administração. Responde o Estado porque causou dano ao seu administrado, simplesmente porque há relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular.

Em seguida, e como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado, surgiu à teoria do risco administrativo, que se fundamenta no poderio do Estado. Por ser jurídica, política e economicamente mais poderoso o Estado teria que arcar com os riscos naturais decorrente de suas atividades.

A teoria do risco administrativo não se confunde com a teoria do risco integral, pois, nesta última a responsabilidade estatal independe de nexo causal, ocorrendo tal responsabilidade ainda que a culpa seja exclusiva da vítima.

Em apertada síntese, o Desembargador Sérgio Cavaliere Filho (Programa de Responsabilidade Civil, 11^a ed. Atlas. 2014, p. 286), tantas vezes citado em nosso trabalho, nos define a teoria do risco administrativo:

A teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Esta teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir o ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou.

Por tudo já exposto, percebe-se que a responsabilidade do Estado independe de culpa, no entanto, existem causas que afastam tal responsabilidade, quais sejam, fato exclusivo da vítima; caso fortuito e força maior. Em todas essas causas ocorre a exclusão do nexo de causalidade, e sendo o nexo de causalidade o principal filtro da responsabilidade objetiva do Estado, a sua exclusão restará por afastar tal responsabilidade.

Por fim, a responsabilidade civil do Estado está expressa no art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, combinado com o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, *in verbis*:

Art.37, parágrafo 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Art. 927, parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Saliente-se ainda, que a teoria acolhida foi a do risco administrativo.

4 CONDOTA DANOSA DO AGENTE PÚBLICO E O DEVER DE INDENIZAR IMPOSTO AO ESTADO

Por tudo já visto até o presente momento, já se permite concluir que o Estado estará obrigado a indenizar o prejuízo causado pelo seu agente independentemente de culpa deste, cabendo-lhe o direito de ação de regresso. Tal obrigação incorre em razão da imputação direta dos atos dos agentes ao Estado.

Como nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 28^a ed. Malheiros: 2010, p. 1016), não há uma bipartição entre Estado e agente, sendo considerados uma unidade. Assim preleciona o autor:

Em suma: não se bipartem Estado e agente (como se fossem representado e representante, mandante e mandatário), mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade. A relação orgânica, pois, entre o Estado e o agente é uma relação externa, constituída exteriormente ao Estado, porém interna, ou seja, procedida na intimidade da pessoa estatal.

Desta forma, essa não bipartição entre Estado e agente, é que vem justificar o dever de indenizar do Estado em razão dos atos praticados pelos agentes públicos, acarretando tal responsabilidade não só no exercício da atividade pública, bem como em razão dela.

No entanto, existi um questionamento a respeito da aplicação da responsabilidade objetiva em face dos casos comissivos. Para alguns a norma é a mesma, abarcando o texto Constitucional, tanto as condutas comissivas quanto omissivas do agente, já para outros, no caso de omissão se aplicaria a teoria da responsabilidade subjetiva, com fundamento na teoria da culpa do serviço público ou da culpa anônima do serviço público. Para os que defendem a teoria subjetiva o Estado só responderia nos casos do serviço público não funcionar, funcionar atrasado ou funcionar mal. Pendendo a doutrina majoritária para aplicação da responsabilidade objetiva em casos de omissão. São defensores da aplicação da teoria subjetiva autores como: Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, dentre outros, e neste sentido preleciona Maria Zanella Di Pietro: (Direito Administrativo. 21^a ed. Atlas, 2008, p.619)

Por essa razão, acolhemos a lição daqueles que aceitam a tese da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão do Poder Público. Como Celso Antônio Bandeira de Mello (2007:983), entendemos que, nessa hipótese, existe uma *presunção de culpa* do Poder Público. O lesado não precisa fazer a prova de que existiu a culpa ou dolo. Ao Estado é que cabe demonstrar que agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir; se fizer essa demonstração, não incidirá a responsabilidade.

Para os que defendem a responsabilidade objetiva, e como já colocada, basta que o agente tenha praticado a conduta comissiva ou omissão na qualidade de agente público. Neste sentido importante se faz a exposição de Sérgio Cavaliere Filho (Programa de Responsabilidade Civil, 11^a ed. Atlas. 2014, p. 297 e 319): “Em nosso entender, o art. 37, parágrafo 6º, da Constituição, não se refere apenas à atividade *comissiva* do Estado; pelo contrário, a ação a que alude *engloba tanto a conduta comissiva como omissiva*”. E continua o autor:

Em conclusão, a regra, com relação ao Estado, é a responsabilidade objetiva fundada no risco administrativo sempre que o dano for causado por agente público nessa qualidade, sempre que houver relação de causa e efeito entre a atuação administrativa e o dano, quer por comissão ou por omissão específica. Resta, todavia, espaço para a responsabilidade subjetiva nos casos em que o dano não é causado diretamente pela atividade estatal, nem pelos seus agentes, mas por fenômenos da natureza – chuvas torrenciais, tempestades, inundações – ou por fato da própria vítima ou de terceiros, tais como assaltos, furtos acidentes na via pública etc. Não responde o Estado objetivamente por tais fatos, repita-se, porque não foram causados por sua atividade; poderá, entretanto, responder subjetivamente com base na **culpa anônima ou falta do serviço**, se por omissão (genérica) concorreu para não evitar o resultado quando tinha o dever legal de impedi-lo. (grifo do autor)

Preferimos aderir ao posicionamento de Sérgio Cavaliere e outros autores, por entender não ter sido banida a responsabilidade subjetiva.

5 AÇÃO DE REGRESSO DO ESTADO EM FACE DA IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO

O art. 37, parágrafo 6º, é expresso na garantia da ação de regresso das pessoas jurídicas de Direito Público e Privado prestadoras de serviços Públicos contra seus agentes, quando presente e comprovado o dolo ou a culpa desses agentes, subsistindo, portanto, duas relações: uma que liga o prejudicado ao Estado e outra que vincula o Estado ao agente. Neste sentido nos ensina José dos Santos Carvalho Filho: (Manual de Direito Administrativo, 21^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. P. 554)

É importante lembrar que no tema de responsabilidade civil do Estado existem duas relações jurídicas diversas – uma que liga o lesado ao Estado e outra que vincula o Estado a seu agente. Essa última relação é que

consubstancia o direito de regresso do Estado, estando prevista na parte final do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Outro ponto que merece nossa atenção é no tocante a denunciação à lide. Existe uma grande divergência, assegurando alguns que à denunciação é obrigatória com base no art. 70, III, do CPC, porém, outros sustentam que o litisconsórcio seria facultativo. O certo é que sendo o prejudicado liberado de provar a culpa do agente, não haveria razão para esperar a solução do conflito entre o Estado e seu agente. Registremos o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho: (Manual de Direito Administrativo, 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. P. 553)

[...] Por fim, não teria cabimento desfazer indiretamente o benefício que a constituição outorgou ao lesado: se foi ele dispensado de provar a culpa do agente, não teria cabimento que, no mesmo processo, fosse obrigado a aguardar o conflito entre o Estado e seu agente, fundado exatamente na culpa. Essa, a nosso ver, é a melhor doutrina a respeito do assunto.

Pois bem, compactuamos do pensamento de José dos Santos, o prejuízo do lesado seria ainda maior se tivesse que aguardar uma solução judicial entre o Estado e o agente.

Passamos agora a discorrer sobre um assunto de suma importância para o nosso trabalho, que é a crescente discussão que gira em torno da imprescritibilidade ou prescritibilidade da pretensão de ressarcimento por dano ao erário.

Existe uma corrente majoritária que defende a imprescritibilidade desses danos, invocando como fundamento principal, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, como bem explica José dos Santos Carvalho Filho: (Manual de Direito Administrativo, 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 30,31).

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade.

Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o **Welfare State** (Estado / bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos,

um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público.

Porém, crescente corrente doutrinária defensora da prescritibilidade dessa pretensão reparatória, levanta sua voz utilizando como fundamento principal o princípio da segurança jurídica. Podemos citar como autor renomado defensor da imprescritibilidade o Professor José Afonso da Silva.

Os nossos Tribunais superiores seguem a corrente defensora da imprescritibilidade, conforme entendimento formulado no MS 26.210-9/DF, julgado pelo STF no ano de 2008, conforme ementa abaixo transcrita.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III - Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição. IV - Segurança denegada. (MS 26210, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2008, DJe-192 DIVULG 09-10-2008 PUBLIC 10-10-2008 EMENT VOL-02336-01 PP-00170 RTJ VOL-00207-02 PP-00634 RT v. 98, n. 879, 2009, p. 170-176 RF v. 104, n. 400, 2008, p. 351-358 LEXSTF v. 31, n. 361, 2009, p. 148-159).

Na citada decisão do STF o relator do processo cita o posicionamento de José Afonso da Silva como fundamento doutrinário, conforme alguns trechos transcritos logo abaixo.

A prescritibilidade é um princípio geral de direito (...) Se a Administração não toma providência á sua inércia gera a perda do seu Jus perseguendi. É o princípio que consta do art. 37, Parágrafo 5º (...) Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, á indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte.

Como se vê, para José Afonso da Silva somente a apuração e a punição do ato ilícito prescreverão, no entanto, percebe-se certo desconforto no posicionamento do nobre Professor, quando o mesmo afirma que a ressalva contida no texto constitucional destoa dos princípios jurídicos que não socorrem os que ficam inertes.

No entanto, esse entendimento não é pacífico, levando-se em conta que no mesmo julgado acima citado, o Ministro Marcos Aurélio se posicionou contrário a imprescritibilidade, quando afirma o seguinte: “[...] não posso conceber que simplesmente haja o constituinte de 1988 deixado sobre a cabeça de possíveis devedores do erário, inclusive quanto ao ressarcimento por ato ilícito, praticado à margem da ordem jurídica, uma ação exercitável a qualquer momento”.

Nesse diapasão, autores renomados começam a mudar seus posicionamentos, tomemos, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello, que até a 26ª edição do seu Curso de Direito Administrativo, defendia a imprescritibilidade dos prejuízos ao erário, assim afirma o autor:

Até a 26ª edição deste *Curso* admitimos que, por força do parágrafo 5º do art. 37, de acordo com o qual os prazos de prescrição para ilícitos causados ao erário serão estabelecidos por lei, *ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*, estas últimas seriam imprescritíveis. É certo que aderíamos a tal entendimento com evidente desconforto, por ser óbvio o desacerto de tal solução normativa. Com efeito, em tal caso, os herdeiros de quem estivesse incurso na hipótese poderiam ser acionados pelo Estado mesmo decorridas algumas gerações, o que geraria a mais radical insegurança jurídica. (Curso de Direito Administrativo, 2010, p.1072).

Como bem se percebe do exposto acima por Celso Bandeira, o Estado poderia cobrar o prejuízo causado por certo agente de seus herdeiros (filhos, netos) assim por diante, trazendo de certa forma uma instabilidade nas relações, uma insegurança jurídica, ocorrendo de tal forma uma perpetuação da pena, repugnada veemente por nossa Constituição.

Além do argumento acima exposto, o autor ainda aponta como fundamento da sua mudança de opinião, a exposição feita pelo Professor Emerson Gabardo no Congresso Mineiro de Direito Administrativo no ano de 2009, onde defende que restaria prejudicado o direito de defesa pelo motivo de que ninguém guarda documentação além de um prazo

razoável. Assim afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 2010, p.1073):

Já não mais aderimos a tal desabrida intelecção. Convencemo-nos de sua erronia ao ouvir a exposição feita no Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em maio de 2009, pelo jovem e brilhante professor **Emerson Gabardo, o qual aportou um argumento, a nosso ver irresponsável, em desfavor da imprescritibilidade, a saber:** o de que com ela restaria consagrada a minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois **ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável**, de regra não demasiadamente longo. De fato, **o poder público pode manter em seus arquivos, por período longuíssimo, elementos prestantes para brandir suas increpações contra terceiros, mas o mesmo não sucede com estes, que terminariam inermes perante arguições desfavoráveis que se lhes fizessem.** (grifo nosso)

Em síntese, os que defendem a imprescritibilidade utilizam como já falado o princípio da supremacia do interesse público, porém, os que defendem a prescritibilidade, rebate tal fundamento, argumentando que o princípio da supremacia do interesse público diz respeito ao interesse público primário, qual seja, o que busca o bem comum, e que o interesse público secundário, que diz respeito às convivências da máquina administrativa, não deve prevalecer sobre os interesses individuais. Por fim, os que defendem a prescritibilidade, utilizam como fundamento principal o princípio da segurança jurídica, como instrumento hábil a estabilização das relações entre pessoas e o Estado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, se percebe uma grande evolução em matéria de responsabilidade civil do Estado, partindo de uma total irresponsabilidade até se chegar numa responsabilidade independente de culpa.

Porém, e como se viu, quando o dano causado por agente sobrevier de dolo ou culpa, e estando o Estado obrigado a reparar tal dano a vítima, poderá ele em ação regressiva cobrar do agente causador do dano o prejuízo ressarcido ao prejudicado.

No entanto, uma grande discussão reside no que diz respeito à imprescritibilidade ou prescritibilidade dos danos ao erário, onde uma corrente majoritária defende a imprescritibilidade desses danos, com fundamento no princípio da supremacia do interesse

público. Já a corrente que defende a prescritibilidade fundamenta seu posicionamento no princípio da segurança jurídica.

Assim, no que tange a esses princípios, nos convencemos ser mais acertada a corrente que defende o princípio da segurança jurídica, por entender que essas ações que visam o ressarcimento não se vinculam ao interesse público primário e sim secundário, desvirtuando a invocação do princípio do princípio da supremacia do interesse público.

Acolhemos a tese citada por Celso Antônio Bandeira de Mello e levantada por Emerson Gabardo, pois, assim como os autores, entendemos ser impossível a guarda de documento por pessoa comum durante um tempo razoável, afetando de tal forma o seu direito de defesa, causando assim uma insegurança jurídica.

Outro ponto importante que merece ser questionado, é que sendo imprescritíveis tais danos, poderia o Estado cobrar tal prejuízo dos herdeiros do agente, como netos, tataranetos, havendo de certa forma uma perpetuação da pena, condenável pela nossa Constituição Federal, acarretando de tal forma uma instabilidade jurídica.

Ademais, entendemos que tornar perene o direito de ressarcimento, não significa atender ao fim coletivo, aos interesses sociais. Tornar prescritível o direito ao ressarcimento significa fazer com que o Estado obedeça ao princípio da eficiência com uma atuação célere e eficaz.

Por fim, concluímos por todos os fundamentos aqui aduzidos, restar infundada a tese da imprescritibilidade, sugerindo uma revisão desse posicionamento que majora na doutrina e jurisprudência.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. (MS 26210, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2008, Dje-192 DIVULG 09-10-2008 PUBLIC 10-10-2008 EMENT VOL-02336-01 PP-00170 RTJ VOL-00207-02 PP-00634 RT v. 98, n. 879, 2009, p. 170-176 RF v. 104, n. 400, 2008, p. 351-358 LEXSTF v. 31, n. 361, 2009, p. 148-159).Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553769>> – acesso em 19/04/2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª ed. rev. ampl. e atual. até 31.12.2008. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Código Civil e Constituição Federal. 13ªed.Saraiva. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DA CUNHA JR., Dirley e NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos. Doutrina, jurisprudência e Questões de concursos**. 3ª ed.rev.ampl. e atual. – Jus Podium: 2012.

FREITAS, Francys Gomes e SANTOS, Regina Cândido Lima e Silva. **Imprescritibilidade da ação de regresso movida pelo Estado em face de agente Público e o princípio da segurança jurídica**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=944bdd9636749a08> – acesso em 18/04/2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Vol. IV. **Responsabilidade Civil**. 4ª ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Vol. I. **Parte Geral**. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil** – Vol. III - responsabilidade civil. 9ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MESQUITA VASCONCELOS, Flávia Carvalho de. A prescritibilidade do direito da Administração ao ressarcimento. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. abr, maio, jun de 2011, v. 79 – n. 2 – ano XXIX. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1212.pdf> >acesso em 18/04/2014.

PAULA SOUZA, Thiago Igor de. Prescrição do dano ao erário: uma leitura do § 5º do art. 37 da Constituição. **Revista TCEMG**, out, nov e dez 2012. Doutrina. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1732.pdf>.>acesso em 18/04/2014.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 4^a ed. – São Paulo: Atlas, 2012.